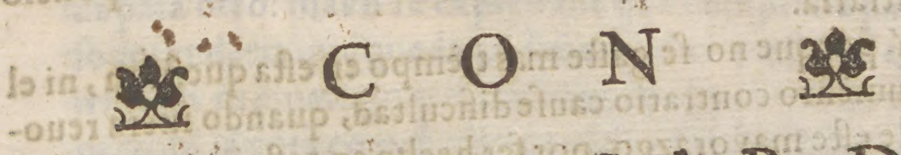


POR

D. YSABEL FRANCISca de Leon, muger de don Iuan Fernandez de Cordoua, Cauallero del Abito de Calatraua.



CON

D. BALTASAR DE Viuero, vezino desta Ciudad.



OR auerse llegado a entender que la otra parte y su Abogado contra la pretension de doña Ysabel Francisca han dado algunos apuntamiẽtos de derecho contrarios a lo dispuesto en el, y resoluciones llanas, porque no se omita nada, y cõ mas claridad se haga euidencia de la justicia que tiene, ha parecido hazer estos breues apuntamientos, si bien en lo que está escrito por su parte ay respuesta a todo lo que se dize por la contraria.

Haze gran fundamento la otra parte de que el mayorazgo en que quedô vinculado este oficio fue reuocable, por serlo los mayorazgos de España, ex l 44. Tauri, quę est l 41. tit.7. lib.5. Recopilat. Molin. lib. 4. cap. 2. y que asi pudo mandar vender este oficio el fundador, reuocando en quãto a esto su disposicion, con que no fue conferirla en tiempo inhabil: en esto tenemos escrito en nuestra primera alegacion,

gacion, num. 4. hasta el 8. y en la segunda fol. 1. y 2.

Lo que aora se añade es, que aunque sean reuocables los mayorazgos, esto no procede quando estan perfetos y acetados, porque se adquiere derecho a todos los sucessores, y asi no se pueden reuocar en su perjuyzio, y esta opinion contra Bart. in l. qui Romæ, §. Flauius, num 1. ff de verbor. obligat. la tuuieron por llana Paul. in l. in insulam, §. fin. num. 3. ff. solut. matrimon. Peregrin. de fideicommis. art. 51. á num. 43. Molin. in dict. cap. 2 num. 73. vbi additiones Fontanell. de pactis matrimon. part. 1. claus. 4. gloss. 9. á num. 5. D. D. Ioan. del Castillo, lib. 4. cap. 5. num. 21. y otros muchos que ellos citan: y quando no solo està perfeto el mayorazgo, si no tambien posseydo este oficio muchos años como bienes del, no se que fundamento pueda tener la oposiciõ contraria.

Y porque no se gaste mas tiempo en esta question, ni el argumento contrario cause dificultad, quando fuera reuocable este mayorazgo, por ser hecho en testamento, o por otra causa qualquiera que fuesse bastante, se vea donde se halla esta reuocacion, porque no la ay, ni se puede sacar de que mandasse el fundador vender este oficio, porque no lo dize en la clausula absolutamente, si no que lo possea el primer sucessor del mayorazgo hasta que se case, y quatro años despues, y lo mismo se entienda en qualquier sucessor, y despues se venda con solenidad y interuencion de la justicia, y pregones, y el precio se subrogue, de cuyas palabras se sacan dos argumentos fortissimos que comprueuan nuestro assunto. El vno, que mandando que el primero llamado posseyesse este oficio mientras no se casasse, y quatro años despues de casado, y lo mismo qualquier posseedor del mayorazgo, fue dexarle comprehendido en los bienes del mayorazgo, como realmente lo estaua por la clausula, y no fue reuocar el mayorazgo en quãto a este oficio, pues auia de entrarle posseyendo por bienes del sucessor. El otro argumento es, que mandando venderle con solenidad, y que se comprasse vna possesion que quedasse subrogada en el mayorazgo, fue declarar que el oficio estaua vinculado, porque la subrogacion esso dize, que es lo mismo que ponerse en lugar de otro, l. si is qui tres 31. ff. de excusat. tutor. l. vnica, in princip. C. de collegi. lib. 11. y viene a quedar cõ las mismas calidades, l. si eum, §. qui iniuriarum, ff. si quis caut. vbi Bart. & Doctores, l. filia, §. Titia, ff. de condit. & demonstrat.

monstrat. l. vnica, §. 1. C. de rei vxoriæ action. D. D. Ioan del Castillo, tom. 5. cap. 89. num. 84. Y assi subrogar en lugar de los bienes de algun mayorazgo otros, es presuponer que los primeros estauan vinculados, porque si esto no se entẽdiesse assi, no fuera subrogar, si no vincular de nueuo, y este es nuestro comun modo de hablar, a que deue atenderse: y no se puede dezir, que solo el precio fue vinculado, como lo es, quando se compra alguna cosa con el precio de bienes de mayorazgo, para lo qual se alega a Molin. lib. 4. cap. 4. num. 27. & sequent. Mier. 1 part. quæst. 11. num. 13. 40. & sequent. los quales lo que dizen es, que quando expressamente de dinero del mayorazgo se compró para el, quedará subrogada, y lo mismo si no se expressó que se comprava para otro: mas si se expressasse que comprava para si, no se entenderia que quedaua subrogada: y esta es question tribial y ordinaria, que no se haze dueño el que lo es del dinero de la cosa comprada con el, si no es en los casos exceptuados, y subsidiariamente, de quibus D. D. Alf. Perez de Lara, de vita homin. cap. 28. num. 72. vsque ad num. 83. donde dize, que fuera de aquellos casos no passa el dominio de la cosa comprada con dinero ageno al dueño del, vt patet, ibi: *Extra autem casus dotis minoris, & militis supra relatos, de quibus per Anton. Gomez, in l. 50. Touri, num. 36. vbi sygilatim eos enumerat, emens ex pecunia aliena, sibi acquirit licét remaneat debitor pecuniæ, &c.*

Tambien mandando vender este oficio el fundador con solenidad fue tenerle por vinculado, y querer que lo quedasse, hasta llegar a tener efeto la venta del, y subrogacion que mandaua se hiziesse, porque si no fuera vinculado, o no se posseyera por menor, al tiempo de la subrogacion no fuera necessaria solenidad, ni el fundador la pidiera, y assi mandando que se vendiesse estando ya perfetamente vinculado este oficio, y posseydo por tal, no fue reuocar el vinculo hecho en el, si no conferir la enagenacion en tiempo que no podia venderse si no es con la solenidad, y en la forma que pueden venderse y subrogarse los bienes perfetamente vinculados: y esto es lo que quiso dezir y dixo en la clausula, y corre con seguridad el argumento hecho por nuestra parte, y lo confiessa el Abogado contrario, pues dize, que siẽdo irreuocable el vinculo, el argumento será cierto, y tambien el que se haze por la l. stichus 39. ff. de manumis. testament.

Mas

Mas siendo como es tan exuberāte y clara la justicia que tiene doña Ysabel Francisca en este pleyto , y sobrandole tantos fundamentos de derecho para justificar su pretension, le daremos a escoger a la otra , para que elija si quiere que este oficio se juzgue que quedó vinculado, o libre, y en ambos casos se hallará la euidente nulidad que interuino en la venta del.

En el primero de hallarse vinculado este oficio bien lo reconoce la otra parte que no se cumplio con la forma que se deue tener en la venta de semejantes bienes, en que no puede auer duda.

En el segundo de quedar libre se halla posseyendole menor, y la venta de bienes en que ha sucedido menor ya se sabe la solenidad que requiere por derecho, y por la misma clausula la que pide el fundador, y no auiendose cumplido con ella no se que aya razon de dudar , y si alguna le ha parecido a la otra parte que ay , nace de ver que no se ha determinado este pleyto, entendiendo que lo detiene alguna duda , y no las muchas ocupaciones de los señores Iuezes que lo tienen visto.

Contra esto parece que se dá a entender que no es necessaria solenidad , por auer mandado el testador vender, aunque sea padre, de que habló la l.1. in princip. l. magis puto, §.sed si pater, ff.de reb. eor. en razon de lo qual está escrito por nuestra parte en la primer alegacion en el num.10.hasta el num.22. y en la segunda desde el fol. 2. a la buelta, hasta el fol.4. Y la verdadera inteligēcia destos textos es la que alli se dixo, que es, que quando el padre, o testador manda vender algunos bienes, si el hijo, o el que sucede en ellos es menor, se suple la solenidad del decreto , porque como este mira a la licencia de vender, y la dio el padre, o testador, no viene a ser necessario, mas no por esto se quita la autoridad de tutor, o curador , de que necessita la venta de bienes de menor, para que el contrato se haga por parte legitima , y no aya lesion en el precio, y assi entiende estos textos Cald. Pereyra, in l.si curatorem, verbo, *contractum fecisti*, num.17. C.de in integr. restit y doctissimamente , porque los mismos textos y sus palabras dan a entender , que quando no le queda al menor despues de la muerte de su padre mas de solo el cumplimiento y execucion de su preceto , como seria mandando que tal cosa se vendiesse por precio cierto , o entregasse a persona cierta , entonces como no puede auer

lesion

lesion contra el menor, ni el haze mas de executar lo que su padre mandó, no tiene necessidad de solenidad alguna. mas diuersa cosa es quando ha de hazer la venta, y conuenirse en el precio.

En esta misma conformidad vá Stephano Gratiano, in decis. 131. num 8. Surd. consl. 191. num. 19. & decis. 77. num. 5. y los demas Autores citados en las primeras alegaciones desta parte.

Contra esto se pretende por el Abogado contrario dar diferente inteligencia a estos Autores, cortando las clausulas, y palabras dellos, y tomando lo que le parece, como si no se pudiessen ver a la letra: porque de la decision 131. de Gratiano se toman las vltimas palabras del num. 8. y no las del principio, ibi: *Quando præcesserit dispositio testatoris de re certa, & determinata specie contractus puta, quod res talis tradatur, quia túnc nulla potest esse læsio minoris, &c.* Y las mismas palabras repite Surdo en la decision 77. num. 4. que es lugar digno de verse, sin que reciba cabilacion.

Contra lo qual (porque no falte) se dize, que estos lugares hablan quando generaliter testator mandat distrahi, mas no quando manda especialmente que se venda alguna cosa, porque como consta dellos, y de los textos citados, y entendimiento dellos, que dá Caldas Pereyra, y la razon de derecho, no basta que sea cosa cierta la que se mande véder, si le queda al menor que hazer en el contrato, que es conuenirse en el precio, en el qual puede ser leso, y por la fragilidad de la edad, y peligro de la lesion, se requiere autoridad de curador, y esto consta de los textos y autores que quedan referidos, y no era menester que ellos lo dixessen, pues lo dizen todas las reglas y principios de derecho, y el insistir en diferente inteligencia, o es querer procurar embaraçar la determinacion deste pleyto, o faltar en los principios.

Y se echa de ver que es mas procurar embaraçar que otra cosa, pues el misino testador expressa lo que se ha de hazer en la venta deste oficio, porque dize que se haga por pregones publicos, y interuencion de la justicia, y con solenidad: los pregones y interuencion de la justicia consta que lo huuo, la solenidad no consta que interuiniesse. Luego aunque todas las conclusiones que se alegan en contrario fuessen ciertas, y con solo mandar vender el testador se remitiesse toda la solenidad de derecho, como se dá a entéder

por el Abogado contrario, si el mandò expressamente que se vendiesse cō solenidad este oficio, no quedara remitida, y es superfluo todo lo que se dize en esta parte, mas como no tienen que dezir procuran ofuscar la verdad.

Bien dá a entender que reconoce esto el Abogado contrario en su alegaciō, mas sigue otro error, que es dezir, que se cumplio con la solenidad que el testador mandò, porque interuino decreto de juez, y pregones, y que este suple la demas solenidad, no aduirtiendo a lo que en nuestra segunda alegacion està fundado desde el fol. 4. buelta, hasta el fol. 7. y a que el testador no se contentó con solo el decreto del juez, pues pidio que no solo interuiniesse en la venta, si no tambien que se hiziesse cō la demas solenidad, lo qual quita toda dificultad, pues aun para sustentarse la opinion cōtraria era necessario que el testador dixesse que vendiesse libremente, y sin decreto: vt ex Decio, tradit Caldas Pereyra in dict. l. si curatorem, verbo, *contractum fecisti*, num. 17. ibi: *Ex quo regula limitanda est, vt non habeat locum in re relicta minori, seù donata cum clausula, quod libere, & sine decreto possit alienare, &c.* Y en el caso deste pleyto no dixo el testador que vendiesse libremente sin decreto ni solenidad, si no antes lo contrario.

En quanto a la salida que se pretende dar diziendo, que este oficio se ha de reputar por bienes del testador, si esto valiesse vendria a resultar, que despues de treynta años de la muerte de Gaspar de Leon se conseruasse en su dominio este oficio, y a que todos los textos y Autores que piden solenidad en la venta de bienes en que ha sucedido menor por herencia, o donacion, o otro qualquier titulo, se huuiessen engañado, y corriesse en ellos la misma regla, lo qual aun imaginarlo es cosa absurda, y solo se juzgan por del testador quando no queda al sucessor nada que hazer en la venta dellos, si no es la entrega y execucion de su voluntad, sin poner otra cosa de su parte, como queda fundado.

Mucho insiste el Abogado contrario en las palabras de la clausula en que Gaspar de Leon mandó vender este oficio, y subrogar el precio en bienes para el mayorazgo, y dixo en ella, que lo tuuiesse su hijo don Bernardo de Leon mientras no se casasse, y quatro años mas, y que despues se vendiesse, y que lo mismo se entendiesse en qualquier sucessor del mayorazgo, y pretende fundar que no fue necessario cumplirse esta clausula en los demas sucessores, supuesto

puesto que don Bernardo de Leon lo tuuo todo el tiempo que el testador mandó, y que la permision limitada a cierto tiempo obra prohibicion passado el, y en esta regla brucardica gasta mucha parte de su alegacion, la qual no viene a este caso, en el qual no solo el testador quiso que don Bernardo de Leon tuuiesse este oficio mientras no se casasse, y quatro años mas, si no tambien los demas sucessores, porque estas palabras, *y lo mismo se entienda en los demas sucessores*, estarian superfluas, & sine effectu aliquid operandi, contra la regla de la l. si quando, ff. de legat. 1. cum vulg. & quæ laté tradit D. D. Ioan del Castillo, lib. 4. cap. 38. num. 1. & seqq. y asi el testador considerò que podria suceder, como sucedio, no venderse este oficio en tiempo de don Bernardo de Leon su hijo, y quiso que gozassen del mismo beneficio sus hijos, hasta que tuuiesse efeto la venta del, por parecerle que para casarse bien suele ayudar el tener oficio de Ventiquatro, como para otras cosas; y podemos dezir con el Consulto en la l. Lutius la 2. ff. de hered. instituend. *Nám prudens consilium testantis animaduertitur, non enim fratrem solum hæredem prætulit substitutis, sed & eius liberos.*

Y no es de consideracion lo que se opone, de que si huuiesse de entenderse esta clausula en los demas sucessores, nunca tendria efeto la venta del dicho oficio, y resultaria incompatibilidad, porq se engaña en esto el que lo propone: porque dezir el testador, que lo mismo se entendiesse en los demas sucessores, no fue, que perpetuamente se huuiesse de entender en ellos, si no mientras llegasse a venderse: argum. text. in l. 1. ff. pro socio, & in l. id vestimentum, ff. de pecul. legat. cum vulgat. ibi: *Id vestimentum peculij esse incipit, quod ita dedit dominus, vt eo vestitu seruum perpetuo vti velit.* La dicion, *perpetuo*, es segun la sugeta materia, dum durat vestis, Alexand. cons. 71. num. 2. lib. 6. Menoch. cons. 451. num. 25. Tiraquell. de retract. tit. 1. §. 1. gloss. 4. num. 120. & relatis pluribus Barbos. de diction. vsufrequent. dict. 254. num. 5. & seqq. Demanera, que llegando a venderse en tiempo de vn sucessor quiso que gozasse antes del hasta casarse, y quatro años despues, y esto ni tiene repugnancia entre si, ni imposibilidad, pues vendido vna vez este oficio, forçossamente auia de cessar en los demas sucessores la clausula, porque segun la materia de que se trataua, no podia ser este preceto mas durable, y asi el verdadero y llano entendimiento dellas es, que en qualquiera sucessor en quien entrasse este oficio,

cio, antes de venderse y subrogarse huuiesse de esperarse para venderle hasta que se casasse, y quatro años despues, lo qual no era impossible, ni muy dificultoso, y teniendo vna vez efeto en esta forma la venta, le tenia tambien la clausula: argum.text.in l.boues, §.hoc sermone, ff. de verb. sign. cum vulgatis.

Tampoco es de consideracion dezir, que don Bernardo de Leon en su testamento mandò que se vendiesse este oficio despues de su muerte, segun y como estaua dispuesto por el testamento de su padre: y ya que el sucessor en vn mayorazgo no pueda alterar las clausulas del, se ha de atender mucho a su declaracion, por ser el primer sucessor, y tener conocida la voluntad de su padre, ex his quę tradit Dom.Molin.de primogen.lib.1.cap.8.num.38.D. D. Ioan. del Castillo, lib.3.cap.10 num.34.

A que se satisfaze, que don Bernando de Leon no declaró que su padre mandaua que se vendiesse este oficio despues de su muerte, ni podia declararlo, porque no lo dize assi la clausula, antes diziendo que se vendiesse luego despues de su muerte, como estaua dispuesto por el testamento de su padre, fue referirse a el, y a la dicha clausula, y se ha de estar a ella, y no a lo que refiere, antes diziendolo de diferente manera se atiende non ad referens, sed ad relatum, taliter, vt si plus inueniatur in referente, quam in relato, aut aliter dictum censeatur per errorem appositum: vt ex Decio in cons.63.num.6. Alexand. cons.12. num.9.lib.5.Marc. Anton.Peregrin.de fideicommis.art.16.num.111. Marc. Anton.de Amat. decis. 49. num. 107. & alijs tradit D. D. Ioan. del Castillo, lib.4 cap.43.num.1.& seqq.maximé num.26.

Tambien se pretende dar a entender, que no fue necessaria citacion para el deposito que dizen se hizo del precio deste oficio porque aunque es cierto que conforme a la dotrina de Baldo y de los Dotores in l. accepta, C. de vsuris, se requiere citacion, esto procede quando ha de recebir la cãtidad el acreedor, y para que conste que no quiere recebirla, y se pueda hazer el deposito, es necessario notificarselo, lo qual no fue menester en este caso, y assi lo que se dize por nuestra parte es superfluo.

A lo qual se satisfaze, que regularmente es necessario que antes de hazerse vn deposito se haga oblacion de la cantidad al acreedor, y se le requiera que la reciba, ex Bald. in d. l.acepta, Alexand. Trentacinq. variarum, lib.3.tit.de solution.

tion. resolution. 22. num. 2. versic. *Tertio requiritur*. Y esta en muchos casos no es necessaria, y el vno es quando el acreedor no puede recebir la paga, l. si reus paratus, ff. de procurat. Bald. & Doctores, in l. aceptam, C. de vsuris, Tiraquell. de retractu lignag. §. 9. gloss. 3. num. 4. Rodriguez, de annuis redditibus, lib. 2. quæst. 15. num. 85. y no solo quando no puede recebir la paga, sino quando se entiende que no la ha de acetar, no es necessario requerirle, y ofrecersela, vt ex Cuman. Paul. de Castro, & Alexand. in l. qui Romæ, in principio, ff. de verbor. obligat. & alijs tradit Petrus Surdus cons. 86. num. 16. Y no pudiendo recebir el precio deste oficio el posseedor del mayorazgo, assi por ser bienes del, como porque expressamente mandó el fundador que se depositasse en el depositario general, para que de alli se subrogasse en bienes para el mayorazgo, claró está que no fue necessaria obligacion, ni requerimiento.

Mas no es esto lo que dezimos, si no que despues de hecho el deposito fue necessario notificarsele a la tutora de doña Ysabel Francisca, para que supiesse que estaua hecho, y se hiziessen los empleos que el testador mandò, y pusiesse el cobro necessario en aquel dinero, y corriesse por su cuenta. porque aunque en este caso no fuesse necessario requerir al principio que lo recibiesse, lo es que se notifique y haga saber despues para hazer los empleos: iuxta tradita per Alexand. Trentacinq. dict. resolution. 22. num. 2. vers. *Tertio requiritur*, vers. *Si vero sit post depositum*, Felician. de censibus, tom. 2. lib. 4. cap. vnico, num. 2. vers. *Secundo requiritur*, ibi: *Praxi vero quotidiana recipitur, vt citetur creditor non ad depositum faciendum, sed ad recipiendam sortem cum redditibus consignatam, & depositam*. Y en el deposito de cantidad que toca a mayorazgo tambien se notifica despues, no para que los reciba, si no para que se hagan los empleos, y corra por su cuẽta. Y seria muy buen deposito el que se hiziesse sin saberlo el posseedor del mayorazgo, ni notificarlo a persona alguna para los empleos, pues aun no falta quien diga, que miẽtras no se hazen, y conuierte el dinero en vtilidad del mayorazgo, no basta el deposito, vt constat ex traditis á Molin. lib. 4. cap. 4. num. 20. Y aunque sea mas comun la opinion contraria, segun alli dize, quando no lo notificasse, si corriesse riesgo en el dinero, seria diuerso, de quo diximus in prima allegatione, num. 33.

Tambiẽ se insiste, en que ya que se pueda abrir el remate

por no auerse hecho la venta deste oficio en tiempo no oportuno, vt ex Alberico in l. etsi sine, §. quęsitum, ff. de minoribus, tradit Gregor. Lopez in l. 5. tit. 19. partit. 6. gloss. 3. in fin. que no está prouado que se huuiesse hecho el remate deste oficio en tiempo no oportuno, porque no se dirà tiẽpo no oportuno por no auerse guardado lo que el testador mandô, esperando a que se casasse doña Ysabel Francisca.

A que se satisfaze, que si huuo causa para esperar a que tuuiesse edad doña Ysabel Francisca, y no se hizo, y con esto consta el grande crecimiento que han tenido estos oficios, y se esperaua entonces que tuuiessen, y se atropelló todo: y aunque se alegô tambien que auria mayor ponedor no se dio lugar a ello: que mayor prouança puede hallarse en este caso, en el qual tambien es notorio el valor que tienen estos oficios.

Vltimamente se dize en contrario, que doña Ysabel Frãcisca pide el oficio, y tambien el precio del, cosa que no se compadece A que se responde, que no se compadece el dezirlo la otra parte, porque nunca ha imaginado tal, y lo cierto es, que antes que se tratasse este pleyto don Iuan Fernandez de Cordoua su marido tratò de poner cobro en el precio del, que le tenia tan malo, que si no huuiera acudido a remediarlo no tuuiera tan buen estado como oy tiene, y la dicha doña Ysabel Francisca no entró ni salio en ello, y en bienes de su mayorazgo no le pudo causar perjuyzio su marido, y quando pudiera causarsele, o huuiera entrado en alguna escritura, fue con protesta, y de todo tiene pedido restitucion, de lo qual se trata en la primera alegacion n. 17. y siguientes, y en la segunda fol. 10. vers. *Y en quanto se dize que doña Ysabel Francisca.* Con que cessan todas las oposiciones contrarias.

Las nulidades que resultan de la venta son. La primera, no auerse hecho por parte legitima, pues no consta que aya parte que vendiesse este oficio, pues ni el curador ad litem podia vender, ni vendio, si no antes impugnò la venta: y no se puede dezir que no era necessaria solenidad para la venta deste oficio, por auerle mandado vender Gaspar de Leon, porque siendo menor doña Ysabel Francisca no se podia omitir la solenidad necessaria en vẽtas de bienes que pertenecen a menores, sin que admita disputa en este caso, por auer mandado el fundador del mayorazgo expressamente que se vendiesse con solenidad, con lo qual todo lo

que

que disputa la otra parte en dos informaciones de dereho, es superfluo.

Tambien resulta nulidad por auerse vendido este oficio en menos de lo que otros oficios de Ventiquatros se auian vendido en aquel tiempo, contra el precepto del testador, en que dà permissiõ para la venta, con que no se venda en menos de lo que se huuiessen vendido otros oficios de Vẽtiquatro en aquel tiempo.

Tambien se fue contra la clausula en la venta deste oficio, vendiendole antes del tiempo en que mandò se vendiesse, entrando en la succession de el mayorazgo qualquier posseedor.

Tambien ay nulidad por no auerse citado para el vltimo remate a parte legitima, fundamento que con solo el se han vencido en esta Chancilleria algunos pleytos graues, de que se trata en la primera alegacion, num. 24. & sequentibus.

Tampoco se guardò la forma de la clausula, y postura deste oficio en el deposito que dizen se hizo del precio del, de que se trata en la primera alegacion, n. 29. & sequentib. y ay otras nulidades que constan de los autos, por donde se deue mandar restituyr este oficio con todos los frutos, y aprouechamiẽtos del, y el precio lo ha de recuperar la otra parte de los censos que dizen se impusieron del, pues la vẽta que se haze de bienes de menores sin la solenidad necessaria de tal manera es nula, que se han de restituyr los bienes con frutos, y no tiene obligacion a restituyr el precio, que no se conuirtio en su vtilidad, vt in l. prædiorum, & l. si prædium, C. de prædijs, & alijs reb. minor. de quo in prima allegat. n. 34. & seqq.

En quanto a quefrutos y emolumentos son los que deue restituyr don Baltasar de Viuero, y que han de ser los percebidos, y que se han podido percibir deste oficio, y que en este caso no se deuen interesses.

¶ Cierto es en derecho, que la venta y remate deste oficio fue nulo (como queda fundado) y tambien lo es, que anulandose el titulo se deuen restituyr los frutos, l. cum qui emit, in principio, l. item quod dictam, l. Imperator, ff. de

in diem adiectionem, l. is qui, §. si fundus, ff. quod vi aut clá, l. fin. ff de iure fisci, l. 1. §. 1. l. quod si nolit, in fin iuncta l. cũ autem, §. cum reddhiberentur, ff. de ędilitio edicto, Bald. in l. vltima, C. de vsuris, & fructibus legatorum, & consil. 294. in princip. lib. 3. Tiraquell. in l. si vnquam, verbo, re bertatur, num. 268. C. de reuocandis donationil. & pluribus relatis Salgado, de Regia protectione, tom. 2. part. 4. c. 14. n. 141.

La razon es, porque siendo el titulo tal que puede resoluerse, y anularse hasta la resolucion del, y el titulo à no titulo se han de restituyr los bienes con los frutos, Baldus, in l. fin. C. sententiam pasis, Felin. in cap. cum causa, column. penultima, de re iudicata, Tiraquell. vbi supr. num. 278. ad finem, quia titulus redactus ad non titulum, vel quod habet ortum à causa irrita non operatur adquisitionem fructuũ, Romanus, cons. 454. num. 27. Cacheran. decis. Pedemontanea 160. nu. 12. Giurba, decis. 89. num. 2. Petrus Surdus, decis. 25. num. 21. & decis. 45. num. 11. & cons. 105. fere per tot. Mastril. decis. 29. n. 5. 6. & seqq.

Y en terminos de bienes vendidos en almoneda, en que no se guardò la forma del derecho que se auian de restituir con frutos, tradit Petrus Surd. cons. 115. num. 11. & seqq. Stephan. Gratianus, disceptationum forens. tom. 1. c. 157. num. 27.

Y que en este caso no solamente se ayan de restituyr los frutos percibidos, si no tambien todos aquellos que se pudieron percibir, tradit Paulus de Castro, in l. certum, C. de reiuindicatione, & ex Abbate, & Immol. in cap. grauis, de restitution. spoliatorum, tradit Surd. dict. cons. 115. nu. 14. ibi: *Et non solum percepti debent restitui, sed etiam percipiendi, id est, qui percipi potuissent.* Stephan. Gratian. dict. cap. 7. n. 13. ibi: *Ita vt non seruata forma in subhastationibus fructus sint restituendi, tam percepti, quam illi qui percipi potuissent, quasi ad sit mala fides.*

La razon desta conclusion es por la mala fee que causa el titulo nulo, y el remate hecho sin guardar la forma del derecho, vt tradunt superius relati, y que solo por defecto de citacion para el remate se juzgue que ay mala fee (que es lo menos que sucedio en este caso) tradit Gregor. Lop. in l. 18. tit. 29. part. 3. glos. 2. in fin. ibi: *Et non dicitur fieri bona fide, quod sit non citato eo cuius interest, &c.*

Y que tenga mala fee aquel comprador sin guardar las

solenidades de derecho, tradit Bart. in l. qui fundum, §. procurator, ff. pro emptore, & ibi Paulus de Castro, Gregor. Lopez, in l. 18. tit. 29. part. 3. glos. 2. in fine, Petrus Surd. d. cons. 115. num. 15. & 16. Donde dize, que no solo està en mala fee el que comprò sin guardar la solenidad del derecho, si no tambien aquel que sabe que puede rescindirse la venta, & est text. expressus, in l. 1. C. de fide instrumentorum, & iure hastæ fiscalis, lib. 10. iũcta glos. verbo, *mala fide*, donde auiendo dicho el text. que no guardandose las solenidades se anula la venta hecha con mala fee, dize alli la glossa: *Quod est eo ipso quod non est seruatus ordo.* Et Bald. ibi in principio: *Qui non solemniter mercatus est in mala fide fuisse præsumitur, & de percipiendis tenetur*, & Bartol. in l. sciendum, ff. de verb. obligat.

Y en los terminos mismos deste pleyto est glos. in l. patri, §. item ex diuerso, in verbo, *fructibus*, ff. de minoribus, ibi: *Etiam quos percipere potuit*, Roman. cons. 454. n. 28. & in singulari 534. Iason, in l. apud Iulianum, §. 1. in fin. ff. de legatis 1. Giurba, in decis. 89. num. 2. ad medium, Menoch. de recuperanda possessione, remedio 15. his & alijs relatis, Petrus Surd. in dict. cons. 115. nu. 11. & sequentibus, maximè num. 15. ibi: *Et est in minore indubitata conclusio, quod si eius bona vendantur solennitatibus non seruatis possunt recuperari cum fructibus, non solum perceptis, sed etiam qui percipi potuissent*: ad quod est text. in dict. l. 1. C. de fide instrument. & iure hastæ fiscalis, lib. 10. Couarr. lib. 1. variar. cap. 3. num. 6. in fine, donde dize, que esto procede no solo en el mismo comprador, si no tambien en qualquiera que tenga causa del, refere & sequitur Petrus Surd. in dict. cons. 15. num. 38. ibi: *Quinimo Didac. dict. cap. 3. num. 6. in fin. reprobando Modern. Parisiens. concludit non modo eum teneri ad fructuum restitutionẽ, qui primus emit à minore, sed alium quoque, qui ab emptore ipso causam habeat.*

Los que se podian percibir por doña Ysabel Francisca son muy considerables, asi por la grande vtilidad, y emolumentos deste oficio, como porque siendo muger, y menor, pudiera tenerse en cabeça de quien la acudiera con ellos en mucha mas cantidad de la que se pretende por su parte en este pleyto, de que se tratarà en su lugar en el discurso deste papel.

Y si se replicare con la l. 2. C. si quis ignorans rem minoris esse sine decreto comparauerit, ibi: *Si contra amplissimi*

ordi-

ordinis decretum possessiones tuæ distractæ sunt conueni earum possessorem, vt si ita probaberis gestum, & possessio retrahatur, & fructus vniuersi, si non bona fide emptorem fuisse, qui emit constiterit. Se responde.

Que este texto habla, como parece de sus palabras, prouando buena fee el comprador de bienes de menores, porque siendo mala fee presunta la que resulta del titulo ilegitimo, no se excluye por ella que pueda prouarse buena fee, mayormente en muger, o rustico, o persona no inteligente, vt notat Bart. & Angelus, in l. sed & si lege, §. scire, ff. de petitione hæreditatis, Bald. in cap. cum super, de causa possessionis, & propietatis, latissimè Ioannes Garcia, de expensis, cap. 23. num. 24. & sequentibus, Petrus Surdus, dict. consil. 115. num. 16. & 17. Donde dize, que es muy dificultoso que el comprador se escuse de verdadera mala fee, porque siempre se presume ciencia del derecho, l. lege sacratissima, C. de legibus, l. constitutiones 12. C. de iuris & facti ignorantia, y que solo en caso que aya conjecturas verisimiles de ignorancia en el comprador, no causara en el verdadera mala fee, vt patet ibi: *Quod difficile est emptorem excusare á vera mala fide, quia præsumitur scientia iuris præsertim vulgati, nisi adsint verisimiles coniecturæ ignorantiæ ex qualitate emptoris, vel ex qualitate venditoris, vt quia erat extra tutellam vicinus maiori ætate, & forte vxoratus qui per se sua exercebat negotia, Beroi. in cons. 114. num. 20. volum. 1. Bertram. in cons. 214. num. 4. volum. 2. Crauet. dict. cons. 225. column. fin. ver. plene, vbi maior, Menoch. dict. remedio 15. num. 631. decis. ped. 160. nu. 10. Lambertemg. dict. glos. 1. num. 131. 168. & sequentibus.* Y en este caso siendo el comprador Abogado, y tan conocido por sus letras, y el sucessor tan inteligente, no puede auer causa que les escuse de mala fee.

A lo qual se añade lo que consta de los autos, en razon de auerse puesto en poder del escriuano, y auerlos tenido en su poder tanto tiempo don Baltasar de Viuero, y hallarse que faltaua en ellos la apelacion que se dio en nombre de doña Ysabel Francisca de Leon, de que se ha tratado en el articulo precedente.

Tambien se responde, que quando el error sucede en el derecho que resiste al acto, no escusa de la restituciō de frutos, porque constituye en mala fee, mas no quando el derecho solo no asiste aunque no resista, vt notat Bart. in l. sed si lege, §. scire, ff. de petit. hæredit. Petrus Surd. qui eum refert,

fert,& sequitur, in dict. consf. 115. num. 21. ibi: *Vt in proposito distinguit Bart. in dict. l. sed si lege, §. scire, ff. de petitione hæreditatis, dicens, quod quædam sunt iura actum prohibentia, & tūc qui facit contra ea dicitur habere malam fidem, & iuris errore non excusatur, nec facit fructus suos: aliqua vero sunt iura non prohibentia actum, sed quæ non assistunt, vt ea quæ dicunt testamentum sine solennitate esse nullum, & eorum ignorantia excusat à mala fide, &c.* Y en la enagenacion de bienes de menor ay resistencia de derecho, vt in l. 1. in princip. & in l. magis puto, ff. de rebus eorum, & in l. non solum, C. de prædijs, & alijs rebus min. Petrus Surd. vbi supra, num. 22. ibi *Alienationi autem rerum minoris, non est dubium, quin lex resistat, &c.* Et inferius ibi: *Cum igitur lex circa alienationes prædiorum minoris, vtatur verbo, prohibere, & interdicere, non est dubium quin resistat rerum alienationi, &c.* Y asi en este caso es innegable que se deuan restituyr todos los frutos percibidos, y que se pudieron percibir por la mala fee que resulta del remate de este oficio, y que no obsta la dict. l. 2. C. si quis ignorans, que habla en diferente caso, y no puede aplicarse a los terminos deste pleyto, y por no parecer necessario para el alargarnos mas en la declaracion della, se omite en este papel, remitiendonos a los autores citados, y especialmente al consejo 115 de Pedro Surdo, que es elegante para este caso.

Demas de lo qual en terminos de aprouechamientos de oficios, que se han de restituyr, no solo con los frutos y emolumentos percibidos, sino tambien con todos los que se pudieron percibir, est text. elegans in argumentum, in l. patronus liberto 35. ff. de legat. 3. que habla indistintamente, ansi en menor, como mayor de edad, de cuius intellectu agit, Alciat. lib. 1. pareng. cap. 16. & latè Dom. Couarruu. lib. 4. variar. cap. 1. per totum. Cujat. obseruat. lib. 7. cap. 14. Rebard. de authorit. prudent. cap. 7. Donde el Iuriscōsulto dudò si bastaria dar la estimacion de los aprouechamientos, y pareciendole que por razon del cargo siempre el Principe hazia mercedes, y podian montar mas, dize q̃ se han de restituyr todos, y qualesquier emolumentos que pudieran percibirse, vt patet ibi: *Idem quæ sit, an & commoda, & principales liberalitates, quas libertus ex eadem tribu, vsque in diem mortis suæ consecuturus fuisset, si ei ea tribus secundum voluntatem patroni sui tunc comparata esset: an verò vsuræ æstimationis hæredi eius debeantur. Respondi quidquid ipse consecuturus esset id ad hæredem suum transmittere.* Tell. Fernandez, in l. 29.

Tauri,

Tauri, num. 11. verſ. *Exinde infertur.* Demanera, que es aſſentado y cierto en el caſo deſte pleyto, que no ſolo ſe deuen reſtituyr los frutos y emolumentos percibidos, ſi no tã bien aquellos que ſe pudieron percibir.

Y porque no ſe quede ſin tocar todo, ſe deue conſiderar ſi para eſtos frutos que ſe deuieron percibir ſe ha de atender a la perſona del poſſeedor, los que pudo percibir el, o a la perſona del que pide, Alueric. in l. fin. C. de vſuris, & fructibus legatorum, referido por Gregor. Lopez, in l. 37. tit. 9. part. 6. gloſ. 5. verbo, *que ſalieſſen della*, tiene, que ſolo ſe deuen reſtituyr los frutos que pudo percibir el poſſeedor, entendiendo anſi la dict. l. patronus, ff. de legat. 3. y la l. apud Iulianum, alias cum ſeruus 39. § fructus, ff. de legat. 1. mas las palabras deſtos textos ſacan de duda de la dict. l. patronus, ibi: *Quidquid ipſe conſecuturus eſſet, id ad hæredem ſuum tranſmittere*, del dict. § fructus, ibi: *Fructus autem hi deducuntur in petitionem, non quos hæres percepit, ſed quod legatarius percipere potuit, &c.* Cuiat. in hoc §. cum intelligit poſt moram, idem tradit Gregor. in dict. gloſ. 5. in fin. declarando la opinion de Alueric. in d. l. fin.

En el menor de veynte y cinco años ſiempre ſe conſidera mora real, durante la menor edad, text. eſt in l. cum vero 26. § certe minoribus, ff. de fideicommiſſo libert. ibi: *Certe minoribus viginti quinque annis, & in hoc tribuendum eſt auxilium, vt videatur in re mora eſſe, &c.* vbi gloſ. verbo, *in re*, ait; *Et ideo eis vſuræ legatorum, aut fideicommiſſorum debentur, quando minores viginti quinque annis ſunt.* Cuiac. in dict. § fructus, ibi: *Interdum etiam mora fit in rem, id eſt, ſine interpellatione, vt ſi minoribus viginti quinque annis legatum relictum ſit, nam quandiu ſunt minores omnimodo eis vſuræ, & fructus debentur.*

Corroboratur etiam ſuperius concluſio, ex text. in l. ſi nauis, § fin. ff. de reiuindicatione, & text. in l. litigator, C. de fructibus, & litium expenſis, ibi: *Nec tantum fructuum præſtationem eorum quos ipſe percepit agnoſcat, ſed etiam eos quos percipere potuiſſet, &c.* Vbi gloſ. verbo, *potuiſſet*, explicat ſcilicet, *actor*, y es ſingular eſta ley en comprouacion de la doctrina que queda referida del ſeñor Preſidente Couarruuias lib. 1. variar. cap. 3. num. 6. in fine, donde dize, que procede la reſtitucion de frutos en la miſma forma en el que tiene cauſa del comprador, que en el miſmo que compró, vt patet ex ipſius verbis, ibi: *Hæredis quoque ſuccedentis in vitium par habenda fortuna eſt*, vbi gloſ. verbo, *ſuccedentis*, ait: *Interpreta-*

pretatiue licet bonam fidem habeat eo ipso quod defunctus habuit malam, vt hic & ff. de diuersis & temporalibus præscriptionibus, l. cũ hæres, & supra communia, de vsucapionibus, l. fin.

Tambien el text. in cap. grauis, de restitutione spoliatorum, prueua que se deuen restituyr los frutos que pudiera percibir el que pide, & l. si de possessione, C. vnde vi, ibi: *In qua fructus etiam quos verus possessor percipere potuit, non tantum, quos prædo percepit venire non ambigitur*, & glos. in l. fructus, ff. de reiuendicat. verbo, *restitui*, Bald. in dict. l. si nauis, §. fin. Anton. de Butrio, in dict. cap. grauis, Couarr. in regula peccatum, de regulis iuris, lib. 6. §. 6. num. 4. Menoch de recuperanda, remed. 1. num. 414. & sequentibus, vbi latissimè.

Contra esta resolucion parece que està el text. in l. domum, C. de reiuindicatione, ibi: *Domum quam ex matris successione ad te pertinere, & ab aduersa parte iniuria occupatam esse ostendis Præses prouintiæ, cum pensionibus quas percipit, aut percipere poterat, & omni causa damni dati restitui iubebit.* Las palabras deste texto han dado a muchos en que entender, Bartul. sobre ellas dize, que no se ha de atender a lo que pudo percibir el que pide, quando por razõ de su industria fuesse mas de lo que el posseedor pudo conseguir, y que assi se ha de atender a la estimacion comun de los frutos que se pudieron percibir de la cosa, y que la distincion que se dà, de que proceden los textos arriba referidos post moram, no es cierta. Boer. in decis. 268. con Paulo de Castr. y Alexandro, dize lo mismo, y lo funda por toda ella, y dize que se à de atender a la comun estimacion, y que assi se pratica.

Menochio de recuperanda possessione, dict. remedio 1. num. 419 no se contenta con estas dotrinas para conciliar esta ley con las demas, y pone dos opiniones, la vna de Pedro Lorioto, in l. fructus, ff. de regulis iuris, que dize, que si los frutos se mandan restituyr iure actionis, se ha de atender a los que podia percebir el actor, y si officio iudicis, a los que podia percibir el posseedor, mas tampoco esta es conforme a la l. domum, y demas textos referidos.

La otra opinion que pone en el num. 420. es propria suya, y se ajusta mas a las palabras de la dict. l. domum, porq̃ dize, que de las palabras della se puede sacar la misma cõclusion que de los demas textos, pues dizen, que no solo el posseedor està obligado a restituyr los frutos que percibio, si no tambien todo el daño que causò, y en estas pala-

bras se comprehende lo que podia percibir el que pide: nã qui lucrum amittit damnum pacti dicitur, l. proinde la primera, §. vltimo, & l. sequenti, in principio, & l. si seruum 33 ibi: *Amisisse dicimur, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur*, ff. ad legem Achiliam, cum alijs, y esta opinion parece ajustada a los textos.

En el caso deste pleyto, aora se atienda a la estimacion comun de los frutos deste oficio, aora a los que podia percibir el actor, aora a los que pudo percibir el posseedor de el, en todos estos casos es cierto que montan mas de trezientos ducados en cada vn año, como lo concluyen onze testigos referidos en el memorial del Relator, y algunos dizen, que vale en cada vn año el dicho oficio quatro mil reales de renta, y tambien deponen de la cantidad que pagan personas que tienen en su cabeça oficios de Ventiquatros, con escritura que suena de venta, y pacto de retrouendendo.

Y aunque contra sus dichos se opusiesse a la vista deste pleyto por el Abogado contrario, que eran sospechosos sus dichos, porque por las escrituras constaua que era venta con pacto de retrouendendo, y no arrendamiento, como ellos dizen. Se responde, que se ha de dar entero credito a los testigos, porque ay dos, que son don Luys de Montesinos, y don Iuan de Trillo, que deponen de sus mismos oficios, y hecho propio, en que no son interessados, en cuyos terminos a vno solo con otros adminiculos se le dà entera fee y credito, l. quæro, §. seruũ dupla, ff. de ædilitio edicto, ibi: *Serui responso standum est, nisi prioris fugæ inditia deficerent.* Antonius Gom. in l. 83. Tauri, num. 15. Anton. Faber, in C. lib 4. tit. de testibus, diffinit. 35. Farinatio, de testibus, q. 63. num. 207. & sequentibus, donde en el num. 221. funda con muchos, que quando concurren vnos adminiculos es segura esta opinion, concordando la de los que tuuieron la contraria, y en este caso no solamente ay adminiculos que resultan de los dichos de los demas testigos, si no que ay dos que deponen de hecho propio, en que no solo no son interessados, si no antes en cierto modo viene a ser cõtra ellos.

No obstan las escrituras de pacto de retrouendendo, porque vienen a ser simuladas, y supuesto que la simulaciõ se prueua por congecturas, y que aqui las ay bastantes por algunos testigos del pleyto, y auiendo los dos, que quedan referidos, que deponen della en este mismo hecho, es prouança

uança concluyentissima, Cœpola, de simulatione contractuum, num. 14 & 17. Decianus, cons. 68. num. 10. lib. 2. & cons. 62, num. 51. & pluribus relatis, Farinacius, de falsitate, & simulatione, quæst. 162. num. 116. & sequentibus: y en Tribunal donde se atiende a la verdad, siendo esta tan notoria, es cierto se atenderà a ella, pues aun solo la publica voz y fama que ay en este caso suele bastar, cap. cum Diœcesi, & ibi glos. de vsuris, & Innocentius, Honded. cons. 33. nu. 29. lib. 2. Mantica, de tacitis, & ambiguis conuentionib. lib. 8. tit. 20. num. 29. Demanera, que viene a resultar prouança concluyente, de que los oficios de Ventiquatro desta ciudad valen de renta en cada vn año mas de trezientos ducados.

Lo qual se confirma, con que el valor destos oficios comunmente es desde siete mil y quinientos, hasta ocho mil ducados y mas, y los frutos siempre han de corresponder al valor de la cosa en veynte años, deductis expensis, text. clt in Authent. de non alienandis rebus Ecclesiæ, §. quia verò, vers. *Si vero alicuius*, glos. & DD. in Authent. perpetua, C. de Sacrosanctis Eccles. Caualcano, decis. 1. num. 21. p. 2. Pinel. de rescindenda venditione, l. 2. part. 3. cap. 4. n. 28. & 29. Petrus Surd. cons. 451. num. 39. Couarr. lib. 3. var. cap. 9. num. 5. Fontanella, de pactis nuptialibus, claus. 4. glos. 18. 1. part. num. 51. & 60. Marius Giurba, ad consuetudines Mesanensis, 1. part. cap. 6. glos. 12. num. 5. Auendañ. de censibus, cap. 29. num 3. & 4. Dom. D. Iuan Bautista Velazquez Preses huius Cancelariæ, cons. 156. nu. 62, volum. 2.

Lo qual se esfuerça mas con que su Magestad haze estimacion destos oficios, computando los frutos y emolumētos conforme al valor dellos, como parece de la certificacion de la media anata de tres oficios de Ventiquatros desta ciudad, de que se han pagado de cada vno dozientos ducados, computando por frutos dellos quatrocientos ducados en cada vn año, porque la media anata no es otra cosa que la mitad de los frutos de vn año, con que su Magestad es seruido se le acuda por vna vez, como lo dà a entender la Real cedula que sobre esto se despachò, y consta de los autores que antes trataron de medias anatas de beneficios, vt per Ceuallos de las fuerças, quæst. 162. praxis Episcopalis Cerolæ, verbo, Bullæ, vers. *Quarto annata*, Augustinus Barbosa, in collectanea Bullarum, verbo, *annata*, practica

Ecclesiastica de Vaio, lib. 2. cap. 1. num. 3. ibi: *Lo que se paga de media anata, que es la mitad de lo que renta en vn año el beneficio, &c.*

Y la estimacion que su Magestad haze de los emolumẽtos destos oficios para la media annata, es muy considerable para este caso, porque el Principe puede designar el precio de qualquier cosa, el qual se tiene por verdadero y cierto, vt resolvunt Cagnolus, in l. 2. C. de rescindend. vendit. num. 269. Cremensis, num. 273. Couarruu. var. lib. 3. cap. 9. num. 6. ad finem, Pinel in dict. l. 2. 3. p. cap. fin. n. 35. Auendaño, de censib. c. 28. n. 2.

Tambien ay la estimacion del mismo don Baltasar Perez de Viuero destos emolumentos, porque auiendo por clausula de su testamento mandado el Licenciado Alonso Yañez de Auila, a quien sucedio que vendiesse este oficio, y le subrogasse en venta para su mayorazgo, no lo ha hecho pudiendo venderle en ocho mil ducados, y sacar dellos quatrocientos ducados de renta, segun lo qual es cierto los estima en mas, cum nemo præsumatur iactare suum, l. cum de indebito, ff. de probat. cum similibus: y esta estimacion cõprueua la compra de oficios de Ventiquatros desta ciudad a censo, de que ay testimonios, y assi es cierto que por la estimacion comun, por la del Principe, y de la misma parte se verifica que valen, y han valido los emolumentos deste oficio en cada vn año mas de trezientos ducados, porque la comun estimacion prueua el valor verdadero de los frutos que se deuen restituyr, vt diximus supr. ex Boer. decis. 268. n. 4. & ex alijs.

Tambien se verifica el valor destos frutos por los q̃ percibio, y pudo percibir don Baltasar de Viuero, y doña Ysabel Francisca de Leon, porque sin mucho trabajo se mostrarà que valen mas en cada vn año de quatro mil reales, conforme a la deposicion de algunos testigos, y notoriedad que ay de los aprouechamientos dellos.

El oficio de Ventiquatro, como es notorio, tiene demas del salario las suertes de oficios q̃ le tocan en cada vn año, como es el juzgado de penas de ordenança, juzgado de las aguas, juzgado de rentas, y de millones, comissiones que se ofrecen, que todo esto es muy estimable, y de grãde aprouechamiento, y tambien lo es la diputaciõ del mes, en que gozan de muchos despojos, y tienen visita de todo genero de mantenimientos, y las suertes de oficios que se repartẽ, con

con que se pueden acomodar criados, y allegados, visitas de Alcayzeria, de paños, y otras, y los frutos de su hazienda se venden mas a tiempo en mejores precios, con menor impedimento que los demas, cosa muy estimable; y tambien lo es poder comprar de comer para su casa y familia de lo mejor, como son carne, pescado, y las demas cosas necessarias para el sustento della, que và a dezir la quarta parte de gasto en cada vn año, comprandolo vn Ventiquatro, o persona particular.

Tambié el tener aposento para ver todas las comedias, lugar superior en las fiestas de toros, y en todas las fiestas y actos publicos es de muy grande estimacion, porque no solamente se dizen frutos los que consisten en cosas que se comen, beuen, o visten, si no aun solo en las que son de gusto y delectacion, que es estimable a dinero, Antonius Gabriel, consil.74.num.5 in fine, Rota diuers. decis.394. n. 1. part.2. Stephan. Gratian. disceptat. forens. cap. 258. nu. 8. & cap.615. num.41. ibi; *Quare etiam videmus, quod licet quis non percipiat fructus ex aliqua re tamen dicitur esse in possessione illius ex solo oblectamento, quod est pretio stimabile tanquam oblectatio idem operetur, quod fructus in re fructuosa.* Y en estos terminos se deue la estimacion, con vna diferencia, que es necessario que aquel que los ha de restituyr sea persona que para su recreacion huuiesse de hazer gastos, vt per dictam decisionem Rote 394. num. 2. vsque ad 5. tradit ipse Gratianus, dict. cap. 615. num. 45. ibi: *Vnde licet quis oblectamentum capiat ex binea, vel simile re non potest cogi ad aliquod pretium pro ista delectatione, nisi probetur, quod ipse aliàs fuisset conducturus bineam pro solo oblectamento, &c.* Y en este caso en personas principales es costumbre ver las comedias y toros con mucho gasto, que lo escusan con este oficio, y con ventanas que se reparten para su familia, que es todo estimable a dinero.

Ad quod facit, quod etiam concursus plurium scholarium ad audiendum Doctorum dicitur pretio stimabilis, cum Doctor in ijs delectetur, & efficiatur magis famosus, Abbas, in cap. fin. num. 17. vers. *Ex his infertur*, de vsuris, Stephan. Gratian. dict. cap. 258. num. 9. ibi: *Vnde commodum concursus plurium scholarium dicitur pecunia stimabile, quia Doctor in is delectatur, & efficitur magis famosus, ideo in hoc etiã consideratur fructus*, & gl. in l. si is qui bona 11. in verbo, *habitando*, ff. de pignor. inquit per oblectationem habitationis

dici

dici fructum percipi, vbi Bart. notat num. 4. Baldes, in 2. notabili, per l. 1. & 2. C. de pignorat. action. Negusant. de pignorib. p. 5 membr. 5. n. 2.

Tambien lo honorifico deste oficio es estimable aprecio, y de muy gran consideracion, vt constat ex actis Apostolorum, cap. 22. vbi Tribunus ait: *Ego multa suma ciuitatem hanc consecutus sum.* Dom. Couarr. var. lib. 4 c. 1. nu. 8. vers. *Tribun emi.*

Prætereà, todo aquello que por razon del oficio de Ventiquatro se dà, o adquiere, son emolumentos que se han de computar para este caso, y restituyrlos, argum. text. in l. omnimodo, § computari, C. de inofficios. testament. ibi: *Et illa volumus occasione militiæ ex pecunijs mortui ijsdem personis adquisita posse lucrari eas manifestum est.* l. illud 20. C. de colationibus, vbi Paulus de Castro, Menchac. de successionum creatione, part. 1. lib. 3. §. 30. num. 307. Donde dize, que aũ las dadiuas que por razon del oficio se reciben, deuen computarse, y restituyrse, vt patet ibi: *Vt in legitimam filius imputari teneatur, non solum quod immediatè quæsibit ex militia sibi d patre empta, sed etiam quod occasione, aut contemplatione illius militiæ acquisibit non quæsiturus si talem militiam, aut offitium non habuißet, quid enim si ingens donum contemplatione illius militiæ accepit (vt quotidie contingit) non accepturus si illam militiam nõ habuisset, idque extra pensiones. aut redditus, qui ex tali militia procedebant, & sane tale donum videtur legitimè imputandum per hunc text. dum ait in legitimam imputari, quod occasione militiæ quæritur.*

La razon es, porque todo aquello que se dà por contemplacion del oficio, se considera por mas propio del que de la persona que lo exerce, argument. text. in l. vnus ex socijs. ff. de seruit. rusticorum prędio, ibi: *Quoniam non personæ, sed prædio debetur*, l. qui fundum, ff. quemadmodum seruit. amit. cum alijs facit, quod notat Bald. in l. terminato, C. de fructib. & litium expens. num. 10. ibi: *Quæ sine offitio fieri non possunt ab offitio facta videntur personæ suum ministeriũ præstante, quia offitium sine persona est in actu primo in forma substantiali, sed non in actu secundo in executione:* ipse Baldus, in cons. 159. volum. 3. num. 5.

Quod adeò verum est, vt etiam munera quæ occasione offitij mittuntur sint in consideratione ad restitutionẽ fructuum, argument. text. in l. si possessor 55. ff. de petitione hæredit. ibi: *Si possessor hæreditatis inhonestos habuerit quæstos,*

eos

eos etiam restituere cogetur, ne honesta interpretatio non honesti quæstus lucrum possessori faciat: l. antilariã, §. fin. ff. eod. tit. ibi: *Sed & pensiones quæ ex locationibus prædiorum vrbanorum perceptæ sunt, venient, licet á lupanario perceptæ sint.* Gregor. Lopez, in l. 5. tit. 14. part. 6. glos. 1. ibi: *Item, & reddet etiam in honestos quæstus*: facit l. qui propio, §. *procurator, vt in cæteris*, ff. de procuratoribus. Donde dize el Iurisconsulto, que està el Procurador obligado a restituyr al señor todo lo que se le aplicare por sentencia, aunque sea por hierro, o condenacion injusta. Y en este §. num. 3. dize Paulo de Castro que tiene el tutor obligacion de restituyr al menor los interesses que percibio de su dinero, Gregor. Lopez, in l. 5. tit. 14. glos. 1. post medium, part. 6. Baeza, de decima tutoris, cap. 26. num. 11. Lo qual procede quando no tenia obligacion de restituyrlos a la parte, porque si la tenia puede y deue retenerlos para hazer la restitucion, docent Cinus, Aluericus, & Salicetus, in Authent. nouissimè, C. de administratione tutorum, Baeza, dict. cap. 26. num. 7. Y con esta distincion se concuerda la l. fratres 53. §. fin. ff. pro sotio, quæ ait: *Sotium omnium bonorum non cogi conferre, quæ ex prohibitis causis acquisierit.* l. quod autem, cum alijs, eod. tit. quibus consonat l. 8. tit. 10. part. 5. vbi Gregor. glos. 1. Palatius Rub. in repetitione Rubr. de donat. inter virũ, & vxorem, §. 65. num. 1. & sequentibus, Rodericus Suarez, in l. 1. tit. de las ganancias, num. 38. Demanera, que la diferẽcia està en lo que se adquiere ilicitamente con obligacion de restituyrlo, o lo que se adquiere inhonestamente sin la dicha obligacion, porque esto vltimo recibiendose por contemplacion del oficio, viene en la restitucion de los frutos, y emolumentos del.

Y aunque contra esto se dio a entender a la vista por el Abogado contrario que no està prouado, especialmente q̃ frutos y emolumentos aya percibido don Baltasar Perez de Viuero deste oficio; se satisfaze, que es improuable, y impossible que aya testigos que depongan en particular de lo que ha percibido, y basta que depongan lo que se suele y puede percibir destos emolumentos, & à communiter accidentibus fit probatio, l. neque natales, C. de probation. cum similib. Y aqui demas desto deponen de la comun estimacion destos aprouechamientos, que es bastante prouança en este caso, vt diximus supra, y basta que siendo doña Ysabel Francisca menor, y muger, se le permitie-

ra poner el oficio en cabeça de persona que le acudiera cō todos los emolumentos del, contentandose con solo lo honorifico deste oficio, por la administracion del.

La prouança que ay destos emolumentos en este pleyto, es la mayor que hasta aora se ha visto en lo posible de vno deste genero, y es tan notorio el valor destos frutos, y emolumentos, que quando no estuuiera como està prouado, podian y deuian los señores Iuezes informarse del valor dellos, vt notat Alex. in addit. ad Bart. in l. si quod ex Pamphila 75. in fin. ff. delegat. 2. verbo, *offitio suo*, & Bart. & Doctores, in l. vnica, C. de sent. quæ pro eo quod interest, per text. in l. semper, §. hoc interdicto, ff. quod vi, aut clam, Stephan. Gratian. discept. forens. cap. 258. num. 44. iuncto num. 47. Y tambien se deue atender a los exemplares desta Chancilleria, presentados en este pleyto, y que en estos tiempos los emolumentos, y vtilidad destos oficios es tan considerable, que sin escrupulo se pueden computar a razon de a veynte el millar, conforme al valor dellos, como lo haze su Magestad, para la cobrança de la media annata.

En quanto al precio, y los interesses del, que se mandan restituyr, es conclusion assentada, que esto procede todas las vezes que el precio se conuirtio en vtilidad del menor, l. si fundus 13. §. quamquam, l. non solum 4. l. prædiorum 10. l. vter 14. l. si prædium rusticum 16. C. de prædijs minorum, Pinel. de rescindend. vendition. 3. part. cap. 1. nu. 29. Morla, in emporio, tit. 5. de in integrum restit. quęst. 1. num. 43. & sequentib. Dom. D. Alphonsus Perez de Lara, de vita hominis, cap. 18. num. 34. cum sequentib. Cald. Pereyr. de empt. & vend. c. 13. n. 37. Hermosill. in l. 4. tit. 5. p. 5. glos. 12. n. 75.

La dificultad consiste en si el precio deste oficio se conuirtio en vtilidad de la menor, y quien lo deue prouar. La distincion comun es, que si trata de rescindir el contrato por lesion, lo ha de prouar el menor; y si trata de nulidad por falta de solenidad, o decreto, lo ha de prouar el comprador, sic tradit glos. in dict. l. prædiorum, verbo, *constiterit*, C. de prędijs minorum, vbi Bart. & communiter DD. glos. in l. si sine 33. §. interposito, ff. de administratione tutor. verbo, *probetur*, vbi etiam Bart. hanc differentiam inter restitutionem, & nullitatem venditionis tradit, & sequitur Viuius, decis. 447. num 25. Alexand. Trentacinq. var. resolut.

solut.lib.2.tit. de minorib. resolution. 6. vers. *Alia est opinio*, Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt 84. num. 2. & 3. his & alijs relatis, Hermosilla, in dict. l. 4. titul. 5. part. 5. glos. 12. n. 75.

La nulidad de la venta es notoria por lo que queda fundado, y assi estamos en terminos que auia de prouar la otra parte que el precio se auia conuertido en vtilidad desta, y no solo no lo ha hecho, antes consta por declaracion hecha por don Alonso de Herrera, depositario general desta ciudad, que dio la cedula de deposito en confiança, sin q̃ se le entregasse dinero alguno, y aunque despues se despachò mandamiento para que entregasse el deposito para la compra de los censos contenidos en este pleyto, no huuo de vna parte a otra mas entrego de dinero que boluerle a don Alonso de Herrera su cedula de deposito, con carta de pago del recibo del, y romper vna cedula de resguardo q̃ le auian hecho para si se pidiesse el deposito, y a su declaracion, siendo de hecho propio, en que no es interessado, se le deue dar entera fee y credito, ex dict. l. quæro, §. seruum dupla, ff. de ædilitio edicto, cum alijs adductis suprà: mayormente siendo depositario general, y deponiendo y certificando de cosas que tocan a su oficio.

Lo qual se comprueua mas, con que siendo vna de las condiciones de la postura hecha por el Licenciado Alonso Yañez de Auila, que se auia de depositar el precio deste oficio con fe de entrega ante escriuano, no se cumplio con el tenor della, que si huuiera interuenido dinero no se omitiera esta solemnidad, siendo tan necessaria assi de derecho, por ser necessario deposito real, y no confessado, vt ex pluribus tradit Alexand. Trentacinq. lib. 3. variar. tit. de solutionibus, resol. 22. Feliciano, de censib. tom. 2. lib. 4. cap. vnico, num. 2. como para cumplimiento de la dicha condicion, y por ser precio de bienes de menores, que ha de ser efectiuo, y no confessado.

Y no se podrà dezir contra esto, que consta de los censos que estan en ser, y de la transacion que hizo don Iuan de Cordoua, que remitio reditos, porque de los testimonios presentados en el pleyto consta de la mala imposicion destos censos, y que si oy tienen mejor estado, es por la diligẽcia de don Iuan de Cordoua, haziendo que se obligasse a saneallos Pedro Ferrer, marido de la madre de doña Ysabel Francisca, contra el qual podra don Baltasar Perez hazer

zer su diligencia, y recuperar el precio y reditos mas facilmente que esta parte, pues remitio algunos por la transacion, sin mas causa de ver que estauan incobrables, y solo aquellos se puede dezir que estan cobrados por la dicha transacion, si bien no conuertidos en vtilidad de la menor, que no deuia nada, ni lo ha percibido destos censos: y assi se espera en todo se ha de juzgar en su fauor. Salva in omnibus V. D. C. &c.